

近代的所有権の構成について

高 島 平 蔵

近代的所有権の構成とその機能

近代民法理論の体系構造は、近代的所有権の理論構成をその中核とするが、この所有権理論は、いうまでもなく近代社会の成立、展開に即応する、所有制度の社会的、経済的形成の、法解釈論における実現にほかならぬものであった。この場合、近代的所有権の性格、内容の法的構成の方向は、旧制度に対し、あたらしく形成された、もっとも総合的、包括的な内容をもつ権利の特質づけにあったといえよう。あの絶対性^(一)、排他性^(二)、全面的支配権性^(三)、統一性^(四)、弾力性^(五)、恒久性^(六)等の理論構成は、まさしくこのような目的に奉仕するものであった。たとえば全面的支配権性^(三)にあっては、かような性格を所有権のみに承認することにより、その内容に制約をうけた旧制度下の諸支配権との差異をきわだたせ、なお現存の諸物権とくに利用権からこれを峻別することが意図されていた。また統一性は、所有権に含まれる権能の一部の分離、譲渡により、ふたたび中世的な形における、同質、多元な支配権の併存状態が出現することを阻止するという課題を担っていた。弾力性もまた同様の趣旨をもったものと考えられる。^(七)

このように、全面的支配権性、統一性、弾力性などは、ほとんどそのままローマ法における所有権理論の借用、再現であるにもかかわらず、これらがまったく独自の、近代的所有権の特殊性として、その創成、確保のための論拠を提供する役割をもったことは、今日一般に承認されているところである。⁴¹要するに所有権特質論というものは、それが現実に意味をもつとすれば、旧制度の破壊の上に、あらたな全面的支配権たる内容をもつ所有権を、他の利用権などとの峻別において創造し、政治権力による、国家的支持の下に強化し、その崩壊、とくに、旧政治体制を基礎づけていた諸物権との同質化——それは近代的所有権を担う政治権力と社会体制が、旧勢力の反動によって圧倒されることを意味する——を阻止するという点に求められることになる。この理論は、それゆえ、あらたな創造物としての所有権が、破壊されやすい危険性をもつ状況にあり、しかもその破壊によって封建的社会システムの復活をもたらすことを前提とするとき、もっともよくその本来の機能を發揮すべきものであった。

このような観点から、通常所有権の性質としてとくに論じられ、構成されているところのものを再検討すると、つぎのような判断が可能になると思われる。すなわち、近代的所有権の特殊性として列挙されるものも、ふたつのグループに大別され、その各々が、それぞれ相異なるふたつの機能を担っていたことがみとめられるのである。第一は、物権としての所有権が、その対象を支配する内容に関するものであり、第二は、支配内容とはまったく別に、所有権という権利に対して付与された特別な国家的評価、尊重、すなわち権利としての特別な属性に関するものである。そしてさきにあげた諸特質のうち、全面的支配権性、統一性、弾力性などは第一のものに属し、絶対性、恒久性などは第二のグループに属することになる。所有権に対して実定法的に承認された、支配権能の内容そのものとしての全面

的支配権性が、第一のものに属することについては、さして問題がないであらう。統一性は、この全面的支配権が、多くの権能から組成されていることを前提とした上で、これら諸権能の単なる総和でないことを示すものであるから、やはり内容に関するものとしてこのグループに属するものと解すべきである。また弾力性も、所有権の全面的支配権としての内容を前提とし、この内容が、他の権利による圧迫にもかかわらず依然として保持されることに關するもので、同じくこれに属するものといわねばならない。ところが、恒久性は、全面的支配権という所有権の内容とはまったく別個の問題である。不行使によって消滅しないという性格は、所有権が全面的支配というような内容をもつために当然に生まれてくるものではなく、これとは別に、いわば外部から評価され、付与されたひとつの特権にほかならないのである。絶対性は、フランス民法などでは、条文（五四四条）の中に表現されているとしても、やはり恒久性と同一ような性質のものと考えられる。所有権が絶対性をもつということは、その内容として対象を全面的に支配しうるからではない。国家がその内容の実現を特別に尊重するところこそ、絶対性という特質がみとめられてくるのである。なおフランス民法理論で用いられる排他性というものが、もし所有権者のモノポールを強調するものとすれば、やはりこのグループに属せしめられることになるであらう。これらふたつのグループのうち、第一のものは、かつてはこれに類似していた他の諸物権、とくに利用権的なものを考えた上で、これから所有権を峻別し、その異質性、特質を強調するということに、その主要な機能をもつ。これに対して第二のものは、もっと一般的に、近代的所有権というものの、あたらしい体制に支持される創造物であること、これに対して与えられる国家的な尊重、したがってまた近代的所有権制度と旧制度との間に存する断層を強調するという作用を担うことになる。そ

してこのような分類をこころみることは、近代的所有権形成のプロセスのさまざまな型態に應じて、所有権の構成がどのような意義をもったかを検討するために意味があると思われる。本稿では、右に分類された所有権の特殊性のうち、便宜上、第一のものを「内容としての特殊性」、第二のものを「属性としての特殊性」とかりにやんでおくことにする。

そもそも近代的所有権の構成においては、一般的に、所有権が旧来の諸権利に対してもつ特殊性、したがって両者の間の連続の断絶が強調される傾向の存することは、否定しえないところであった。ところが、社会経済史的、法的な事実において、旧制度下の所有権類似の支配権と、近代的所有権との断絶性は、必ずしもこの法解釈理論におけるように明快なものではない。すなわち、この間の事情は、国により、土地改革を中心とする近代化のプロセスによって、それぞれ異なっているのである。あるいは、近代的所有権の創設以前、すでに、ほとんど全面的支配権としての実質を備えた所有権的支配権が確立しており、したがって、これと近代的所有権との連続性が、少なくとも全面的支配という内容の点では、かなり明白に示されている場合もあり（たとえばフランス）、あるいはまた、そのような支配権の成熟を前提とせずに、近代的所有権が、行政的措施によってまさしく創造される場合（たとえば東部ドイツ）もあった。また近代的所有権創造の担い手にしても、それはあるいは「下からの」変革を担った政治権力であり、あるいはまた、いわゆる「上からの」改革における旧政治権力そのものであった。そしてそれぞれの場合において、このような所有権の存立への抵抗の主体、その力の強弱も同一でなかったこと、もちろんである。したがって、通常、一般性を帯びたものとしてとりあつかわれる近代的所有権の構成も、その国の右にあげたような所有権制度形

成の諸事情の相異にともない、実はかなり異なった程度において、また方向において作用したことが考えられなければならない。事実、のちに問題とするように、フランスにあっては、所有権的支配権のはやくからの確立にもかかわらず、民法理論のうちでは、これと近代的所有権との断絶性がかえって強調される傾向があり、さらに興味ある現象として、わが国の判例理論にあっては、逆に、確立された近代的所有権と旧幕時代の総轄的支配権との連続性、同一性が強調されさえしているのである。このような観点から近代的所有権の構成をふりかえると、そこには、かなり注意すべき多様性の存在することに気付かざるをえないのである。

本稿では、ドイツ、フランスの場合を考慮しつつ、とくにわが国判例理論における右のような構成をとりあげ、近代的所有権の理論構成のもつ機能の一般性ならびに特殊性について概観をおこなうこととする。

- (一) Ripert, Boulanger は「仏民五四四条の規定がこの絶対性を示すものとし、caractère d'absolutisme という表現を用いてゐる。Ripert et Boulanger, *Traité de Droit Civil*, tom. 2, p. 787. また Colin, *Capitant* は「caractère absolu という表現のもとに、所有権の諸特質をとりあげている。Colin et Capitant, *Traité de Droit Civil*, tom. 2, p. 35. 岡松参太郎博士は、絶対性は「所有権ノ性質独立ニシテ無制限ナルコトヲ表明スルモノナリト雖所謂絶対ノ文字ハ其意義漠然ニシテ未タ所有権ノ何モノタルヤヲ表ハスニ適當ナルモノト云フ能ハス」と説く。岡松「民法理由」総則編物権編一三四頁。
- (二) とくにフランスで、所有権者が独占をみとめられていることを「この排他性 *exclusivisme*, *caractère exclusif* という語であらわしてゐる。Ripert et Boulanger, *op. cit.* p. 789; Colin et Capitant, *op. cit.* p. 99.
- (三) 対象に対し一般的な支配をおこなうものとどう性質であり「umfassende Zuordnung der Sach (Westernmann, *Sachenrecht*, S. 112) とか「Konsolidationslage (Motive, S. 263) などを用いて示すものがある。

(四) 所有権の個々の権能は「個別的な権限としてではなく、ひとつの所有権からの流出物として包含されている」Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 445. 「所有権というものは、個々の権能の総和ではない」Motive, S. 262. というような性格をこゝでは統一性とよんでおく。

(五) たとえば Dernburg が、「所有権の完全な力は、制限的な権能がなんらかの理由で消滅するや否やあらわれる」とし、Elastizität とよんでいるようなものである。Dernburg, a. a. O. S. 445.

(六) 消滅時効にかからず、期限つきで存在しえぬというような性質、フランスにおける perpétuité にあたる。

(七) わが国においては、たとえば石田文次郎「物権法」一二頁以下など。

(八) 石田、前掲一四頁以下。

(九) ローマの所有権についてみとめられたこのような性格につき、原田慶吉「ローマ法」一〇〇〜一〇一頁。それならばローマにおいてかような性質はどのような意味をもったかが問題となるが、ここでは、他物権の未成熟などの理由から、特別な政治の意味はなく、主として解釈論としてのみ展開されたものであらう。

フランスにおける近代的所有権の構成

すではやくから存在した総轄的支配権の実質を有する農民的土地保有と、これに加えられた負担の除去によって成立した近代的所有権との連続性の事実が一方に存在し、これに対し、このような基盤の上に展開しながら、法理論の面においては、かえって旧土地保有制度と近代的所有権との断絶、あらたに創造されたものとしての所有権の特殊

性、とくに「属性としての特殊性」が強調されているという事実との対照、ここにフランスにおける所有権構成の意義についての特徴をみとめることができる。

今日の社会経済史学の到達した結論によれば、フランスでは、すでにはやくから小農土地所有がおこなわれており、この農民的土地保有 *tenure paysanne* は、一六世紀にあってはやくも法律家が保有者に所有者としての資格をみとめるほどに、自由な使用、収益、処分を可能にし、上級所有権者は、わずかに、このような土地保有が完全に自主的な近代的所有権に転化することを妨げるものとして存在するにすぎなかった。したがってフランス革命は、全面的支配権としての所有権の形成という点からは、このような領主制の上級所有権の合法性を拒否し、農民的土地保有を近代的所有権に転化させるという意義のみを担うこととなり、またここにフランス近代化のひとつの特徴が求められたのである。^(一)

ところが、所有権の理論構成の面においては、ドイツなどの場合に比して、近代的所有権と旧制度下の土地保有との断絶、近代的所有権のあらたな創造物としての性格、とくにあの「属性としての特殊性」がいちぢるしく強調され、これに対して両者の事実上の連続性、同一性が無視されるという傾向がみられるのである。^(二)

このようなふたつの、一見相反するかにみえる現象は、つぎのように理解されるべきであろう。フランスにおいて、すでにほとんど完成していた全面的支配権が、近代的所有権に転化するためには、わずかに、一種の *servitude* としての性格のみを保有するにいたった上級所有権の除去を要するにすぎなかったことは、まえにのべたとおりであるが、このような上級所有権の除去は、これを存立の基盤とする政治権力の、革命による打倒によっておこなわれ、

しかもこの革命の中心を形成したのであった。したがってここでは、法的措置としての負担の廃止にとどまらず、所有権を、あらたな政治権力の担当者が、まったくあらたなイデーをもって構成し、国家権力をもってこれを尊重し、この変革を完成し、維持することこそが、緊急の課題となったのである。近代的所有権は、このゆえに、旧時代の土地保有との内容的連続性を保つ事実にもかかわらず、まったくあたらしい創造物として評価され、両者の間の断層の強調に重点がおかれる結果となったものであろう。フランスにおける所有権構成のうちにみとめられるいくつかの特徴は、このような観点からある程度解明されるように思われる。

フランスの民法理論において、意外にも、最初に指摘したような所有権の「内容としての特殊性」があまり論じられず、そのうちの絶対性や恒久性というような、「属性としての特殊性」が特別に強調される傾向があるという事実は、所有権の内容構成よりも、その国家的な尊重をとくに必要としたことのあらわれとみることができよう。^(三) 統一性や弾力性など、「内容としての特殊性」がそこで必ずしも特別に強調されていなかったことの理由も問題であるが、そのひとつの根拠として、まえに指摘した總轄的支配権としての農民的土地保有のはやくからの成立を挙げることができよう。このような状態の下にあっては、近代的所有権の確立は、少なくともその内容に関するかぎり、多分に確認的な性格をもち、一般に考えられているような、全面的支配権としての所有権の、他の諸支配権からの峻別による創出ということが、必ずしも緊要な実践的意義をもたなかったものと考えられるのである。いいかえれば、近代的所有権がその確立のために克服しなければならなかったものは、所有権と質的同一性を保ち、同一平面に併存しようとする諸物権、それによって表現される社会勢力であるよりも、むしろ公的な性格を帯びた負担を課することにより、

その成立を阻止していたところの領主の権利にほかならなかったのである^(四)。したがって、そこで配慮すべき旧状態の復帰とは、中世的な利用権の併存の再現というよりも、領主的、公的負担の復活を意味したのであり、このゆえにこそ所有権の属性としての特殊性たる絶対性などの強調、すなわち所有権に対する国家的尊重が第一次的に要求されたものと考えられる。さらに、フランス革命そのものが、決して農民革命としての単一なコースをたどったものではなく、そこには貴族、上層市民の主導による別個の方向が存在し、農民解放の過程においても、オスト・エルベ的な、領主的な解放の体系が一方に示されていたことを考慮すれば^(五)、これに対抗するために、おのずから、旧土地保有と近代的所有権との同一性、連続性よりも、両者間の断層、近代的所有権の特殊性の強調に、つまりその内容の構成よりも、国家的評価の結果として与えられた属性の強調に重点がおかれるにいたったことは、むしろ当然の傾向であったといえよう。

(一) 高橋幸八郎「市民革命の構造」二二四～二五頁。Brisaud, *History of French Private Law*, tr. by Rapelje Howell, p. 308～309.

(二) Ripert, Boulanger は、無制限性 *illimitation*、排他性 *exclusivisme*、恒久性 *perpétuité* をあげ、これらの性格を強調する。Ripert et Boulanger, op. cit. p. 787. Colin, *Capitant* は、旧制度下において所有権が絶対でなく、土地支配は単に *tenure* にすぎず、処分に領主の許可を要し、またそこに所有権の分解がおこなわれていたこと、不動産所有権は本質的に個人的権利と解されなかったことなどを説き、また革命の結果としての不動産所有権の変化につき、動産所有権がさして大きな変化をこうむらなかったのに対して不動産所有権には、絶対性、個人性、恒久性が付与された旨を指摘する。また所

有権論として、絶対性、排他性、恒久性等をあげて各々につき詳細に論じている。Colin et Capitant, op. cit, p. 28 et s.

- (三) Planiol は所有権の他物権との対比をおこなっているが、ただ処分権の存在にその差を求めている。Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, tom. 1, p. 719.

- (四) Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, Tl. 2, S. 16~17.

- (五) 高橋、前掲三三頁、四四頁以下。

ドイツにおける近代的所有権の構成

フランスについて検討してきた事情は、ドイツにあつてはきわめて異なつた様相をもつてあらわれてくる。ここでは、とくにフランスと対比的な、東部ドイツを中心として考える。一般的にいつて、ドイツ民法理論においては、旧土地保有制度に対する近代的所有権の特殊性は、ひかえめにしか展開されないという傾向がみとめられる。とくにその「属性としての特殊性」の構成においては、フランスに比してきわめて消極的であつた。⁽¹⁾しかし、反面総轄的支配権としての近代的所有権の法的な形成という点からいえば、フランスに比べて、むしろはるかに創造的なプロセスが展開し、旧制度下の土地保有と近代的所有権の間には、事実上の断層が存在していたのである。

とくに東部ドイツにおける近代的所有権の確立は、一八世紀から一九世紀にかけての、領邦国家の一連の立法活動によつて漸次的に実現し、このプロセスは、たとえばあの一八五〇年三月二日の法律などにより、農民が一般的に、完全に自由な所有者になることによつて完結した。⁽²⁾ドイツにおける農民解放は、かなり複雑な様相を呈していた。

そのうちには、すでに所有権の実質を帯び、単に物的負担の拘束をうけるにすぎない、いわゆるよき Besitzrecht の所有権への転化もおこなわれたことはたしかであるが、それはフランスにおけるように一般的なものではなく、グーツヘルシャフトの下に悪化せしめられた土地保有者の、所有権者への転化がその中心をなしていた。^(三)そしてここにおいて、近代的所有権の創造物としての性格が、とくに強くあらわれることになるのである。しかしこのような創造は、いうまでもなく、直接生産者としての農民の主体性にもとづく、農民革命を媒介として実現したものではなく、まさしく「上からの」変革として、寡頭専制的におこなわれたにすぎなかった。^(四)したがって、そこに存在する政治勢力の衝突、対抗は、農民対領主ではなく、領邦君主対領主の間にこそ生ずべきものであった。すなわち、近代的所有権創成の政治的推進者は、結局、そのまま近代国家を担うこととなった領邦君主だったのであり、農民解放にいたる一連の農民解放のプロセスは、領邦君主の領主権に対するたたかいと、その勝利を意味したのである。^(五)また両者間にはしばしば妥協がおこなわれ、農民的土地所有の形式は不徹底ならしめられた。近代的所有権への転化においても、フランスの場合と異なり、土地の一部による、また金銭による、多くの対価が要求され、それはしばしば転化そのものを困難ならしめるものであった。^(六)あらたな土地所有権者に転化した農民層の大部分も、やがてその土地を喪失し、結局土地貴族は、農民解放にもかかわらず、近代的所有権の重要な担い手としてふたたび登場したのであった。^(七)

近代的所有権の形成におけるこのような権力構成は、所有権の法的な理論構成に対し、つぎのような結果をもたらしたものと考えられる。すなわち、あらたに創造された所有権につき、これを国家的に特殊な権利として評価し、絶対性を付与し、旧制度の復活に対して防衛することの必要性は、それほど大きかったとは考えられない。そこでは従

来の権力が、そのままかような所有権を形成したところの主体であったので、国家的政策としての所有権理論の形成、絶対性の付与などが、フランスにおけるような意味をもちえなかったのである。近代的所有権の構成が、農民解放を実現した領邦君主と、ひきつづき所有権の担い手となった土地貴族とのある種の合作であったとすれば、近代的所有権の特質を、ことさらに強調する必要は存在しなかったであろう。なるほど君主は、近代的所有権の特質を、その対抗者としての、旧制度の担い手たる土地貴族に対して強調する必要があったとも考えられよう。しかし、当の土地貴族自身、農民的土地保有を温存せしめて、生産物地代の上に支配体制を基礎づけていたフランスの貴族と異なり、自らの所有権をもって資本家的企業家としてあらわれようとしていたとすれば、これに対しての所有権観念の防衛の必要も、それほど緊急事とはみとめられなかったはずである。^(一)

これに対し、所有権内容の構成、とくに他の利用権などからの峻別の点はどうだったか。この点の必要性は、本来小さかったとは考えられない。ドイツでは、旧体制下において總轄的支配権が、なお十分に自己を主張するにいたらず、後の政治的措施によってはじめて確定的に創造されたことを思うと、あらたな創造物としてのこの所有権を、他のものもろの物権に対して内容的に峻別するという要求は、フランスの場合などに比して、より大きかったはずである。ドイツにおける所有権論の重点が、フランスと異なり、ここにおかれていたことの理由のひとつは、この事実のうちに求められるであろう。しかし、それにもかかわらず、ドイツの近代化、その中核をなす土地制度変革の一般的な不徹底さは、この点に関する所有権の理論構成についても、必ずしも重要な意義を付与することがなかったように思われる。^(二)

このように、近代的所有権の創造にもかかわらず、その特殊性、とくに「属性としての特殊性」が政治的意図をもって強調されることなく、結局「内容における特殊性」が、対利用権の特質づけを中心として、主として解釈論の枠内においてとりあげられたにすぎないという、まさにフランスにおけるとは反対の現象がみとめられるところに、ドイツにおける所有権構成の特徴があるといえよう。

(一) 近代的所有権の特殊性につき、もちろん積極的にそれを否定したものはないが、諸テキストなどにおいても、その属性性についてのフランスにおけるような強調はみられない。Dernburg も *Pandekten* におづづ一応所有権の特殊性につき説明しているが、もっぱら「内容としての特殊性」につき解釈論的にふれてゐるにすぎず、*Preussisches Privatrecht*, S. 501ff. などではこのような性格論はおこなっていない。Enneccerus-Kipp-Wolff も「やはりとくにこの点は論じられず、ただ一九世紀において、所有権を *schränkenlos* な権利として特徴づけることがしばしばおこなわれた」として、Savigny, *Windscheid, Gierke* などをあげてゐるにすぎず。Enneccerus-Kipp-Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, S. 174. その Gierke は「なるほど所有権が無制限なもの、排他的 *ausschliesslich* なもの、弾力的 *elastisch* なものであることを論じてゐる。しかし無制限性についても、他の物権との比較において、そういえるにすぎないとしており、いずれもフランスにおける特質論とはかなりの差異を示している。Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 364ff. *Motive* にもつぎのような表現があるが、やはり内容的特殊性についての序述であり、属性的特殊性の強調はみられない。たとえば、「所有権の個々の権能」の列挙の必要はない。なぜなら所有権は個々の権能の総和ではないからである。」「所有権は、一方および他方に、所有権に包含されるある権能を割当て、両者の権利とともに所有権の性質を与える、というように分割されることはない。」「所有権を制限する権利の内容がきわめて包括的であると、不都合を生ずる」という程度の表現がみられる。

のみである。Motive, S. 262~264.

(二) Lütge, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, S. 381ff. 柚木重三「独逸経済史概説」二一〇頁以下。

(三) Lütge, a. a. O. S. 385~386.

(四) 高橋、前掲三一~三二頁。農民保護政策の意義につき、林健太郎編「ドイツ史」一三二頁。

(五) 柚木、前掲一六三頁。

(六) Lütge, a. a. O. S. 385.

(七) 柚木、前掲二七六頁以下。

(八) 柚木、前掲二七七頁以下。

(九) 柚木、前掲二一一頁。

わが国判例理論による近代的所有権の構成

近代的所有権の特殊性を、とくに過去の法制度や他の諸物権に対比させ、その特質を強調するという近代的所有権の構成が、ドイツ、フランスそれぞれにおいて、各々の近代化のタイプに応じて、異なった意義をもってあらわれることを右に概観してきたのであるが、つぎに、これらと比較しつつ、わが国における所有権の構成について検討しなければならぬ。そしてこの問題についてとくにとりあげられるべきは、判例が構築し展開した所有権の構成である。本来判例は、現実の社会関係の権力的規制という意味において、きわめて重大な役割を担うものであるが、さら

に、わが国の判例理論においては、ひとつのいちじるしい特徴がみとめられる。それは、判例において、近代的所有権と、旧制度下における所有権の実質を備えた土地保有との連続性、同一性が、ことさらに強調されているというところである。大体判例にあつては、のちにもふれるように、近代的所有権の特殊性は、テキストにあらわれているようなそのまゝのかたちではとりあげられていない。ただ、全面的支配権としての性質は、總轄的支配という表現をもつてそこに登場する。^(二)しかしこの總轄的支配権たる特質は、旧制度に対する近代的所有権の特質としてではなく、それがすでに旧制度下において存在し、それゆゑに近代的所有権に一貫してつながっていることを理論づけるためにこそ用いられていることがとくに注意される。たとえば左の判例は、いづれもこれを論じたものである。

「旧幕時代ニ於テ個人ト雖モ土地ニ対シ總轄的支配ヲ為シ當時ノ法律ハ其總轄的支配ノ事実ヲ保護シ来リタルモノニシテ此總轄的支配カ後日完全ナル土地所有権ニ推移シ同一土地ニ対シ設定シタル永小作權ト全然別個ノ觀念ヲ有シタルコトハ我國ノ法制史上明確ナル事実ニ属スルノミナラス民法施行法第四十七条第三項ノ制定趣旨ニ徴スルモノ之ヲ推知シ得ヘシ」^(三)

「徳川幕府旧幕時代乃至明治四年正月五日太政官布告第四号ノ布告セラレタル当時ニ於テモ民法施行以来ノ土地所有者カ其ノ土地ニ対シテ有スルト同様ノ總轄的支配権ヲ土地ニ対シテ有シタル者アルコトハ疑ナキ所ニシテ民法施行法第三十六条ノ規定ニ依レハ斯ル支配権ヲ有シテ民法施行ノ日ニ及ヒタル者ハ即其ノ土地ニ対シテ民法ニ所謂所有権ヲ有スルニ至リタルモノト解スルヲ相当トス」^(四)

「旧幕時代ニ於テ私人カ特定ノ土地ニ付キ有セシ總轄的支配権ハ維新後現行法上ノ土地所有権ニ推移セルモノト

(四)
ス「前記總轄的支配ハ後日完全ナル所有權ニ推移シ」^(五)

なおこれらとともに、徳川時代においてすでに「所有權」が存在したことを説くものとしてつぎのようなものがある。

「明治五年二月十五日第五十号布告ヲ以テ地所ノ永代売買ヲ許シタルハ此時始メテ土地ノ所有權ヲ認メラレタルニ非スシテ旧幕時代ヨリ引続キ或地種(田畑等)ニ付テハ其永代売買ヲ禁止シアリシヨリ其禁止ヲ解除シタルニ止マリ其以前ニ於テモ制限ノ付セラレタル所有權認メラレタリ」^(六)

「右布告(明治五年太政官布告第五十号……筆者)ニ依リ土地ノ永代売買ノ禁ヲ解キタルハ所有權ニ対スル從來ノ制限ヲ撤廢シタルニ過キスシテ之ニ依リ新ニ所有權ヲ付与シタル趣旨ニ非ス」^(七)

判例も指摘しているように、わが国の旧幕時代の土地支配關係のある種ものが、領主的上級所有權の負担を課せられつつも、またその近代性についてはげしい議論の対立があるにもせよ、近代的所有權の内容に近いひとつの總轄的支配權にまで形成されていたという事實は、一般に承認されているものといえよう。^(八)しかしまた、わが国における農民解放は、この農民層を主体とする農民革命に媒介されたものではなく、プロシヤの場合などに比せられるべき、「上からの」ブルジョアの改裝として、明治政府の行政措置としての地租改正によって完成せしめられたが、このプロセスは決して単に確認的なものではなく、きわめて重大な結果を創造するものであった。^(九)フランスの場合と異なる、近代的所有權と旧制度下の土地保有の連続性の権力的な強調という現象は、右のふたつの事實に関連せしめるこ

とによって、その意義をあきらかにすることができるであらう。

まず、わが国で総轄的支配権としての農民的土地保有がかなりの程度まで確立していたことの反面として、領主権は、これと私的な意味において、上級所有権として対抗するという要素を稀薄にしており、より公的なものに転化してしまっていた。そのため、近代的所有権の確立のためにたちむかうべきもの、所有権理論が意識的に排除すべき対象とは、その位置を異にしていたものと考えることができる。^(二〇)一方、農村における階級分化は、いわゆる地主（小作料徴収権者）と、小作権者との分裂、対立をうみだしており、しかもこの小作権のうちには、下級所有権の性質を帯びるものが成立していた。^(二一)近代的所有権の理論が、したがってまた地租改正における近代的所有権の決定という課題が、その処理のためにたちむかわなければならなかったのは、まさにこの場合における分割所有権の關係だったのであり、独、仏におけるように、領主の上級所有権と、直接生産者たる農民の下級所有権としての土地保有の關係ではなかったのである。^(二二)それらの国においては、ともかくも、この場合、直接生産者としての農民の近代的所有権への転化が実現した。しかしわが国にあっては、直接生産者たる農民の土地保有ではなく、小作料徴収権者が近代的所有権者に転化せしめられた。しかもこの決定においては、たとえば領主的上級所有権が当然廃されて現実の土地保有者が所有権者になる、というような明確な基準があったわけではなく、きわめて確定困難な、場合によっては下級所有権者に所有権を集中することを適当とするような状況の下においてさえも、権力的に上級所有権者が単独の所有権者たらしめられた。この上級所有権者のために近代的所有権が創造されたのである。^(二三)わが国における近代的所有権理論の重要な役割は、実にこの点に生ずることになる。すなわち、権力的な所有権の創造と、一方においては、かつて所有

権的な性格をもっていた権利の、単なる利用権への転化を確認し、さらにこの処置に向ってなされる抵抗に対して、創造された所有権を防衛するということがその任務とならねばならなかった。さきにあげた判例理論は、近代的所有権と旧幕時代の土地保有の連続性の主張をもって、下級所有権的なものの利用権への転化を基礎づけていることを示す。すなわちそれは、「後日完全ナル土地所有権ニ推移シ」た総轄的支配権が、「同一土地ニ対シ設定シタル永小作權ト全然別個ノ觀念ヲ有シタルコト」を説き、このことが「法制史上明確ナル」旨を指摘した上、さらにつぎのように論じている。「民法施行法第四十七条第三項ノ制定趣旨ニ徴スルモ之ヲ推知シ得ヘシ何トナレハ同条第三項ハ民法施行前ニ於ケル土地所有權ト永久ニ存続スヘキモノトシテ設定シタル永小作權トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ其所謂永小作權ハ我國古來ノ慣習ニ依リテ設定セラレタル永代小作權ヲ意味スルコトハ毫モ疑ヲ容レサルヲ以テ旧制度ノ下ニ設定セラレタル永小作權ハ維新後ニ於テモ尚ホ永小作權トシテ其効力ヲ有スルニ止マリ完全所有權ニ變セサリシコトヲ知ルヲ得ヘク却テ維新前ニ於テモ土地ノ總轄的支配權ト永小作權トハ相併立シ總轄的支配權ヲ有スル者ニ於テ終ニ完全所有權ヲ有スルニ至リタルモノナルコトヲ窺フニ足ルヲ以テナリ」^(二四)

この判例が、民法施行法の規定を根拠として両者の峻別を説くのは結果論にすぎない。まえにも指摘したように、このような決定は創設的なものであり、ここにこそ問題がひそんでいたからである。

このようにみえてくると、判例の採用した總轄的支配権の所有権への連続という構成は、それじたいとしては必ずしも特別な意味はなく、対利用権の關係において、近代化の過程においておこなわれた所有権と利用権の峻別という措置を權威的に確定し、分割所有権的なものの持続、復活を拒否するという作用を担う可能性をもったものであること

が了解される。このことを抽象的にみるかぎり、判例理論は、近代的所有権確立において一般的に要求されたところを実現したにすぎないように思われる。しかし、このような結果をうるためにあえて旧土地保有との連続性を強調したことは、どのような意味をもちうるか。それはさきにも簡単に指摘したように、土地制度変革のプロセスの中でこなわれた創設的な性格をもった決定を、あたかも確認的な手続であったかのように構成しなすことであつたといえよう。そしてこのような構成が、個々の事件の、個別的な解決基準としてでなく、より広い社会規制のための意義をもつとすれば、それは近代的所有権の創設措置に対する抵抗に対処するための、ひとつの理論的根拠を提供するであろう。その抵抗は、ここでは、決して旧勢力としての封建的政治権力によるものではなく、旧来の権利による保護を奪われ、あるいは弱化せしめられた、直接生産者としての農民によるものにほかならなかつたのである。^(二五)この点でまた、ドイツの場合との差異を生ずる。ドイツにおいては、結果はさておき、所有権の創造においては、ひとまらず上級所有権を廃し、直接生産者としての農民を、従来總轄的支配をもたなかつた者までも近代的所有権者たらしめるという態度がとられていたからである。

わが国の判例理論によってこなわれた右のような所有権の構成は、独、仏の場合に比し、つぎのような性格をもつものと考えられるであろう。すなわち、その重点は、フランスの場合とは異なり、旧土地保有制度と近代的所有権の断絶を強調するという作用にはなく、主として分割所有権の処理のためにとくに必要であつた利用権に対する所有権の特質の宣明という作用におかれていたことにおいて、ドイツの場合に比せらるべきであるが、このような構成をもって対抗すべき対象、保護さるべき所有権の性格という、具体的、特殊の機能において、なお右に指摘したような

特異性をもつことが注意されねばならない。しかしこの判断は、なお検討されねばならぬ多くの問題を含んでいる。というのは、ここでのべた判例理論を展開せしめた多くの具体的事件そのものは、決して近代的所有権者たらしめられた者に対する、農民による土地保有権の主張そのものに関するものではなかったのである。^(二七)このような主張そのものに関する事件において判例は、もつと單純に実定法的根拠から結論を下しており、所有権の利用権に対する特殊性の理論などを、わざわざ展開するという労をとっていない。^(二七)なおまた、所有権对所有権的土地保有の対立を解決するための判例理論としては、所有権に関するもののみならず、たとえば永小作権か否か、永小作権か賃借権かの判断などの問題も、あわせ考えられなければならないであろう。しかし、近代的所有権と旧制度下の總轄的支配との連続性を強調する理論は、これによって意図した具体的事件の解決という目的にかかわらず、やはり右のような判例理論と、それによる土地問題の法的規制の総合的な認識において、ひとつの重要な役割をもち、わが国の所有権構成の特徴を形成するものであることは否定しえないと思われる。このような点についての詳細な検討は、さらに将来の課題として、別の機会に論じたいと考えている。

- (一) 岡松、前掲一三六頁も所有権を「物ニ付キ總轄的支配ヲ為スノ權ナリ」とする。
- (二) 大判、大正四年二月一七日、民録二一輯一五六頁。
- (三) 大判、昭和二年五月一二日、民集一六卷五九五頁。
- (四) 大阪控判、大正七年二月二〇日、新聞一三九八号二四頁。
- (五) 大阪地判、大正一〇年三月三十一日、新聞一八七四号一九頁。

(六) 大判、明治三十九年一月二八日、民録一二輯一五八六頁。

(七) 東地判、昭和三年一月二日、新聞二九二九号七頁。

(八) この点についての諸學說の紹介、批判として、小倉武一「土地立法の史的考察」一頁以下。

(九) 地租改正の内容につき、たとえば福島正夫「地租改正の研究」、小野武夫「明治前期土地制度史論」五二頁以下など。

(一〇) 小野、前掲一四三頁、私法的所有權確立と領主權との關係につき、中村吉三郎「日本近代民法史に挑むために」社会科学討究七卷一号七三五頁以下、とくに八五頁以下、同「領主權の分解」市民法と社会法の諸問題三一三頁以下。

(一一) 小野、前掲一七六頁以下、一四三頁、末弘嚴太郎「農村法律問題」七七頁以下。

(一二) 戒能通孝「法律社会学の諸問題」二一五頁。

(一三) 小野、前掲一四三頁。

(一四) 前掲大判、大正四年二月一七日。

(一五) 土地新制度成立期における農村の紛議と暴動につき、小野、前掲一九二頁以下。

(一六) さきにあげた判例のうちでは、大正四年の事件が永小作權との關係をとりあげたものであるが、これとても、利用權者と所有權者との対立そのものについての事件ではない。

(一七) たとえば上土權についての大判、大正元年二月一〇日、民録二三輯一三八頁、鉦先權についての大判、昭和十一年四月二十四日、民集一五卷七九五頁等。